

LAUDO ARBITRAL

Caso Arbitral N° 2219-246-2011

Demandante: CONSORCIO NORTE PACHACUTEC

Demandado: SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL

Materia: Declaración de invalidez, nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N°03 por 44 días naturales.

Tribunal Arbitral:

- Pedro Coronado Labó (Presidente del Tribunal Arbitral)
- Javier Villa García Vargas (Árbitro)
- Ricardo Rodríguez Ardiles (Árbitro)

LAUDO

Se expide el presente laudo arbitral a los 16 días del mes de julio del año dos mil catorce, en la ciudad de Lima, lugar del arbitraje, y teniendo como sede institucional del proceso arbitral y del Tribunal Arbitral las instalaciones del local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ubicado en la Avenida Giuseppe Garibaldi N° 396, Distrito de Jesús María, Lima 11, Provincia y Departamento de Lima, de conformidad con las normas que le son aplicables.

PARTES

Demandante: CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, con R.U.C. N° 20392797204, con domicilio procesal en Jr. Julián Arias Araguez N° 250, de la Urbanización San Antonio, del Distrito de Miraflores, Provincia y Departamento de Lima, con número telefónico 61-6100 consorcio debidamente constituido según Ley General de Sociedades.

Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima
2014 JUL 18 PM 5 38
RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Demandada: **SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL**, con R.U.C. N° 20100152356, con domicilio legal en la Autopista Ramiro Prialé N° 210, La Atarjea – Distrito de El Agustino, Provincia y Departamento de Lima – Perú.

TRIBUNAL ARBITRAL

Abogado PEDRO CORONADO LABÓ.

Abogado JAVIER VILLA GARCÍA VARGAS

Abogado RICARDO RODRIGUEZ ARDILES

SECRETARÍA ARBITRAL

Fue designado como Secretario del arbitraje, el doctor CESAR PARDO SERPA del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

NORMAS APLICABLES

El arbitraje se rige, de conformidad con el Acta de la Audiencia de Instalación, de 11 de mayo de 2012, por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°1017 - Ley de Contrataciones del Estado - a la que en adelante se llamará simplemente la ley; por lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - el que en adelante se llamará simplemente el Reglamento; y por lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°1071 - Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje - al que en adelante se le llamará la Ley de Arbitraje. Así mismo a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL.

TIPO DE ARBITRAJE

De conformidad con el Acta de Instalación, de 11 de mayo de 2012, el arbitraje es Institucional, Nacional y de Derecho.

VISTOS:

Con fecha **26 de diciembre de 2011**, el CONSORCIO presenta a la Secretaria General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en

adelante, la CCL) **su petición de arbitraje**, indicando la parte demandada, el resumen de la controversia, las pretensiones del arbitraje, la designación del árbitro y las reglas aplicables.

Con fecha **11 de mayo de 2012**, se instaló el Tribunal Arbitral, estableciéndose las reglas del arbitraje, en concordancia con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Con fecha **14 de junio de 2012**, el CONSORCIO **interpuso Demanda Arbitral** contra SEDAPAL, solicitando la invalidez, nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03; con la finalidad que se le otorgue la misma, se apruebe un nuevo calendario y se reconozcan los mayores gastos generales.

Con fecha **18 de junio de 2012**, mediante **Resolución N° 1**, el Tribunal Arbitral resuelve poner en conocimiento el escrito de fecha 1 de mayo presentado por EL CONSORCIO y admitir la demanda presentada por este último.

Con fecha **24 de julio de 2012**, SEDAPAL **contesta la Demanda Arbitral**, solicitando se declaren infundadas las pretensiones del CONSORCIO, conforme a los argumentos que indica en dicho escrito.

Con fecha **27 de julio de 2012**, mediante **Resolución N° 2**, el Tribunal resuelve tener por contestada la demanda en los términos que se expresan y poner en conocimiento la contestación de demanda formulada al CONSORCIO.

Con fecha **10 de setiembre de 2012**, se realiza la **Audiencia de Determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral**, estableciéndose como tales, los siguientes:

- a. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales.

- b. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL que reconozca a favor del Consorcio Norte Pachacuteec la solicitud de ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales.

- c. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral, en caso declare procedente la segunda pretensión Principal, ordene a SEDAPAL que apruebe el nuevo calendario como consecuencia de la ampliación de plazo parcial N° 03.

- d. Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral, en caso declare procedente la Segunda Pretensión Principal, ordene a SEDAPAL que pague a favor del Consorcio Norte Pachacuteec por concepto de Mayores Gastos Generales, por la suma ascendente a S/. 365,345.929, incluido IGV, más los intereses correspondientes, y que dicho pago se realice dentro de los treinta (30) días de emitido el laudo, atendiendo a lo establecido en el Art. 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- e. Determinar si corresponde que el Tribunal condene a la demandada al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Con fecha **11 de enero de 2013**, mediante **Resolución N° 4**, el Tribunal resuelve otorgar a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que presenten sus alegatos finales escritos así como solicitar el uso de la palabra de considerarlo convenientes.

Con fecha **4 de febrero de 2013**, EL CONSORCIO presentó **escrito de alegatos**

Con fecha **22 de febrero de 2013**, SEDAPAL presentó **escrito de alegatos y conclusiones finales**.

Con fecha **7 de junio de 2013**, SEDAPAL presenta el **escrito s/n** para un mejor resolver del Tribunal Arbitral

Con fecha **10 de junio de 2013**, SEDAPAL presenta un **escrito s/n de recusación contra el Árbitro Dr. Alberto Antonio Martín Loayza Lazo**.

Con fecha **10 de junio de 2013**, EL CONSORCIO presenta **escrito de Absolución del Acta de Informes Orales**, contestando la introducción de un nuevo argumento de SEDAPAL, relacionado con la distinción entre las reglas que norman los contratos de ejecución de obra y las de los contratos de consultoría de obra

Con fecha **19 de junio de 2013**, mediante **Resolución N° 9** el Tribunal Arbitral resuelve tener presente los escritos presentados por SEDAPAL con fecha 7 y 10 de junio, así como también tener presente el escrito de fecha 10 de junio de 2013 de EL CONSORCIO.

Con fecha **26 de junio de 2013**, el Consejo Superior de Arbitraje, emite la Resolución N° 752-2013/CSA-CA-CCL, por la que da cuenta que ante la recusación formulada con fecha 10 de junio de 2013 de SEDAPAL, el doctor Alberto Loayza Lazo, éste ha formulado renuncia al cargo de árbitro.

Con fecha **3 de julio de 2013**, EL CONSORCIO presentó un **escrito de designación de árbitro** por medio del cual nombra al Dr. Ricardo Rodríguez Ardiles.

Con fecha **1 de agosto de 2013**, EL CONSORCIO presentó un **escrito de alegatos** en referencia a los alegatos y escritos de SEDAPAL.

Con fecha **5 de agosto de 2013**, mediante **Resolución N° 10** el Tribunal resuelve, ante la recomposición producida por la incorporación del Dr. Ricardo Rodríguez, citar a las partes a una Audiencia de Ilustración.

Con fecha **14 de agosto de 2013**, EL CONSORCIO presentó un **escrito de alegatos**, mediante el cual resalta, el objeto de litis, es decir la ampliación parcial, para lo cual reitera sus argumentos por los que estima debe ser fundada en todos sus extremos la demanda.

Con fecha **16 de septiembre de 2013**, se llevó a cabo la **Audiencia de Ilustración** en la cual los representantes de las partes expusieron sus conclusiones respecto del caso; absolvieron consultas y preguntas del Tribunal Arbitral; y dejaron constancia de no tener ningún reclamo respecto de la oportunidad que han tenido para exponer sus alegatos y ejercer su derecho a la defensa.

Con fecha **27 de septiembre de 2013**, SEDAPAL presentó un **escrito de absolución** de los escritos de fechas 01 y 14 de Agosto de 2013 presentados por EL CONSORCIO

Con fecha **9 de octubre de 2013**, EL CONSORCIO presentó un escrito señalando un error en el cálculo del monto de la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal por concepto de reclamo de mayores gastos generales de la demanda, solicitando que el monto que inicialmente ascendía S/. 365,345.20 (Trescientos sesenta y cinco mil trescientos cuarenta y cinco y 20/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses correspondientes. a uno nuevo, que asciende a S/. 2'556,706.80 (Dos millones quinientos cincuenta y seis mil setecientos seis y 80/100 Nuevos Soles), incluido IGV, más los intereses correspondientes. Así mismo reitera que el contrato es uno de obra, y prueba de ello es cómo se ha desarrollado la relación contractual entre el mismo y SEDAPAL.

Con fecha **21 de octubre de 2013**, mediante **Resolución N° 14**, el Tribunal Arbitral resuelve correr traslado a SEDAPAL el escrito presentado por EL CONSORCIO con fecha 9 de Octubre de 2013.

Con fecha **30 de Octubre de 2013**, SEDAPAL presenta un escrito de absolución de traslado, en el cual adjunta en calidad de Anexo, el **Informe Técnico N° 1060-2013-EGP-N/JRR** de fecha 30 de octubre de 2013. Informe que señala SEDAPAL, servirá para dar más elementos de convicción al Tribunal para concluir la decisión más justa y arreglada a ley.

Con fecha **6 de noviembre de 2013**, mediante **Resolución N° 15**, el Tribunal Arbitral resuelve tener por modificada la demanda, en el extremo que se habría consignado una cuantía ascendente a S/. 365,345.20, debiendo decir S/. 2'556,706, corriéndose traslado a SEDAPAL para que ejerza su derecho a la defensa.

Con fecha **8 de noviembre de 2013**, EL CONSORCIO presenta un **escrito de absolución** en el cual explica y adjunta el Informe Técnico elaborado por el Ing. Jorge Zorrilla, sobre la ampliación de plazo parcial N°3.

Con fecha **22 de Noviembre de 2013**, SEDAPAL presenta un **escrito de absolución de traslado**, en el cual reitera sus argumentos por los cuales no debe reconocerse a EL CONSORCIO ningún mayor gasto general. No obstante realiza tres observaciones a la ampliación de monto de la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal por concepto de reclamo de mayores gastos generales de la demanda, solicitada por EL CONSORCIO mediante escrito de 9 de octubre de 2013.

Con fecha **12 de diciembre de 2013**, mediante **Resolución N° 17**, el Tribunal Arbitral resuelve tener presente el escrito de absolución de la Resolución N° 15 presentado con SEDAPAL con fecha 22 de noviembre; y otorgar (10) días

hábiles a efectos de que se presenten alegaciones y conclusiones finales, o soliciten el uso de la palabra.

Con fecha **21 de enero de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito de **absolución de traslado**.

Con fecha **23 de enero de 2014**, SEDAPAL presenta un **escrito de presentación de alegatos y solicitud de otorgamiento de la palabra** en el cual reitera sus argumentos presentados en el escrito de 21 de enero de 2014.

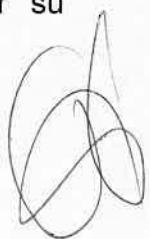
Con fecha **11 de marzo de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito **precisión de pretensiones**.

Con fecha **4 de marzo de 2014**, se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales , en la cual se deja constancia de la solicitud que el Tribunal Arbitral solicita a las partes respecto 1) Explicación del cambio de parámetros realizado por SEDAPAL y; 2) Precisar si el plazo de las ampliaciones de plazo N° 3 está incluido o no en la ampliación de plazo N° 10.

Con fecha **11 de marzo de 2014**, EL CONSORCIO presenta un **escrito de téngase presente** mediante el cual adjunta un Informe Técnico con el cual fija posición respecto a lo solicitado por el Tribunal Arbitral en el Acta de Informes Orales.

Con fecha **11 de marzo de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito en el cual solicita precisión en las pretensiones con ocasión del la Audiencia de Informe Oral de 04 de marzo de 2014. .

Con fecha **12 de marzo de 2014**, mediante **Resolución N° 19**, el Tribunal Arbitral corre traslado a las partes de los escritos presentados por su contraparte.



Con fecha **24 de marzo de 2014**, EL CONSORCIO presenta un escrito de absolución de la Resolución N° 19.

Con fecha **25 de marzo de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito de absolución de la resolución N° 19.

Con fecha **26 de marzo de 2014**, mediante **Resolución N° 20**, el Tribunal Arbitral resuelve tener presente el escrito presentado por EL CONSORCIO de fecha 24 de marzo y el presentado por SEDAPAL de fecha 25 de marzo.

Con fecha **22 de abril de 2014**, EL CONSORCIO presenta un escrito solicitando se tenga presente el Laudo Arbitral del caso N° 2372-2012/CCL de fecha 14 de abril de 2014.

Con fecha 10 de mayo de 2014 mediante Resolución N° 21 se fija en 30 días el plazo para laudar

Con fecha 30 de junio de 2014 mediante Resolución N° 23 se prorrogó el plazo para laudar en quince días hábiles.

PARTE EXPOSITIVA

ANTECEDENTES

Con fecha **24 de Marzo de 2011**, el CONSORCIO NORTE PACHACUTEC (en adelante, EL CONSORCIO) y SEDAPAL suscribieron **el Contrato N° 084-2011-SEDAPAL** cuyo objeto era la elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico y Ejecución de la Obra e Intervención Social para la Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el Macro Proyecto Pachacutec - Ventanilla".

Con fecha **05 de abril de 2011**, mediante **Carta 973-2011-EGP-N**, el Jefe de Equipo Gestión de Proyectos Norte (e) de SEDAPAL responde la solicitud de Adelanto Directo presentada por EL CONSORCIO, comunicando que para atender lo solicitado, deberá adjuntarse a su solicitud copia del contrato suscrito por las partes, toda vez que su despacho aun no contaba con el contrato firmado, ni con el expediente contratación, devolviendo las Cartas Fianzas originales y el original de la Factura.

Con fecha **8 de abril de 2011**, se suscribe el Acta del Terreno en la cual participan SEDAPAL, el CONSORCIO SUPERVISOR VENTANILLA y EL CONSORCIO NORTE PACHACUTEC.

Con fecha **23 de Agosto de 2011**, mediante **Carta N° 190-2011/CNP-RL-PP**, EL CONSORCIO hace entrega del informe de caracterización de las Aguas Residuales elaborado por el especialista Edgar Castillo en base a los resultados de la campaña de muestras realizadas por el laboratorio MINLAB y verificados directamente por la supervisión; en el cual se concluye que los parámetros biológicos obtenidos son relativamente menores a los considerados en el Anteproyecto y que la existencia de concentraciones elevadas de metales puede tener efecto negativo en el proceso biológico, razones por las cuales es necesario que la Entidad indique qué parámetros considerar para el diseño de la Planta de Tratamiento.

Con fecha **07 de octubre de 2011**, mediante **Carta N° 259-2011/CNP-RL-PP**, el CONSORCIO NORTE PACHACUTEC solicita ampliación de plazo parcial N° 03 por 44 días calendario, al componente elaboración del estudio definitivo y expediente técnico, por la imposibilidad de realizar los diseños hidráulico y otros de la PTAR, debido a que SEDAPAL no define los parámetros del diseño a emplear para tales efectos, como no remite información técnica relevante para realizar cálculos previos y, en base a diversas consideraciones, entre ellas, diversas anotaciones del contratista en el Cuaderno de Obra

consignando problemas durante la ejecución contractual y solicitando información necesaria para continuar con el proyecto.

Con fecha **14 de octubre de 2011**, mediante **Carta N° 358-2011-CSV** recibida el 14 de octubre del 2011, la supervisión de la obra recomienda declarar improcedente la ampliación de plazo parcial N° 03 por 44 días calendario solicitada por EL CONSORCIO, debido a que si bien cumplió con el aspecto formal del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Consulta N° 03 durante el proceso de selección de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0003-2010-SEDAPAL-CO, SEDAPAL contestó que es obligación del contratista presentar los parámetros de diseño para la PTAR con mayor definición, entre otros argumentos.

Con fecha **17 de octubre de 2011**, mediante **Informe N° 1454-2011-EGP-N/GGR**, el coordinador de proyectos señala que debe denegarse la ampliación de plazo, por corresponder al contratista establecer los parámetros con mayor definición durante el desarrollo del estudio definitivo en base al aporte Per cápita o concentración, en base a la absolución de la consulta N° 03 formulada durante el proceso de selección de la AMC N° 0004-2010-SEDAPAL-CO.

Con fecha **17 de octubre de 2011**, mediante **Carta N° 106-2011-HCS**, el Ingeniero Civil Héctor Campos Sotelo, presenta su Opinión Técnica ante SEDAPAL, respecto de la Solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 por 44 días naturales, en la cual concluye que corresponde al contratista establecer los parámetros con mayor definición durante el desarrollo del Estudio Definitivo, en base a aporte percápita o concentración, ello en mérito, entre otros, a la absolución a la CONSULTA N° 03 DEL PROPONENTE: Cobra Instalaciones y Servicios S.A- , y considera que la propuesta de ampliación de plazo parcial N° 03, correspondiente a la Etapa de Elaboración del Estudio Definitivo y el Expediente Técnico (Consultoría), resulta IMPROCEDENTE, al estar previsto la causal invocada por la contratista dentro de los alcances del Contrato N° 084-2011-SEDAPAL.

Con fecha **24 de octubre de 2011**, mediante **Carta N° 3235-2011-EGP-N**, **SEDAPAL** comunica la **Resolución de Gerencia General N° 096-2011-GG** del 24 de octubre del 2011, por la cual resuelve denegar la ampliación de plazo N° 03, por 44 días calendario, por los mismos fundamentos del Informe N° 1454-2011-EGP-N/GGR, Carta N° 358-2011-CSV.

Con fecha **14 de noviembre de 2011**, el **CONSORCIO NORTE PACHACUTEC** **interpone una solicitud de conciliación** con SEDAPAL ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, indicado un resumen de hechos y sus pretensiones, esto es, la declaración invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG de SEDAPAL, el reconocimiento de la ampliación de plazo N° 33 por 44 días calendario, y el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales asociados a esta ampliación de plazo.

Con fecha **24 de noviembre de 2011**, se suscribe el **Acta de Conciliación N° 002394** emitida por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la cual las partes (CONSORCIO NORTE PACHACUTEC y SEDAPAL) manifiestan la falta de acuerdo en todo lo solicitado por el CONSORCIO.

REFERENCIA A LO EXPUESTO POR LA DEMANDANTE EN LA DEMANDA

I. PRETENSIONES

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N°03 por 44 días naturales.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a SEDAPAL que reconozca a favor del CONSORCIO NORTE PACHACUTEC la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N°03 por 44 días naturales.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a SEDAPAL que se apruebe el nuevo Calendario como consecuencia de la ampliación de Plazo Parcial N°03.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que se ordene a SEDAPAL que pague a favor del CONSORCIO NORTE PACHACUTEC por concepto de Mayores Gastos Generales, por la suma ascendente a S/. 365, 345.20 incluido IGV, más los intereses correspondientes; y que dicho pago se realice dentro de los treinta (30) días de emitido el laudo, atendiendo a lo establecido a lo establecido a lo establecido en el Art. 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

El CONSORCIO NORTE PACHACUTEC aclara que la adjudicación otorgada tenía por objeto seleccionar al contratista que se encargue de elaborar el estudio definitivo, expediente técnico y ejecución de la obra e intervención social para la ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado para el macro proyecto Pachacutec Ventanilla, suscribiendo el respectivo contrato con fecha 24 de marzo de 2011.

No obstante, con fecha 7 de octubre de 2011, EL CONSORCIO presentó a la supervisión "Consortio Supervisión Ventanilla" la carta N° 259-2011/CNP-RL-PP, formalizando su solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días calendario, al componente elaboración del estudio definitivo y expediente técnico, por la imposibilidad de realizar diseños hidráulicos y otros

de la PTAR, debido a que SEDAPAL no define los metros del diseño a emplear para tales efectos, así como no remite la información técnica relevante para realizar cálculos previos, entre otros.

Al respecto, EL CONSORCIO se ampara en los numerales 1 y 2 del artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹ que establecen que sí se afecta la ruta crítica por razones no atribuibles al contratista o atribuibles a la Entidad, se debe otorgar una ampliación de plazo.

Del mismo modo, agrega que ha solicitado la ampliación de plazo N° 3, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 201º del Reglamento, dado que SEDAPAL no se pronunció oportunamente proporcionando la información necesaria para proseguir con la elaboración del estudio definitivo y expediente técnico, siendo responsabilidad de SEDAPAL proporcional tal información.

Sin embargo, mediante Carta N° 3235-2011-EGP-N, la cual fue notificada al CONSORCIO el 24 octubre de 2011, SEDAPAL envío la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG mediante la cual deniega la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03, presuntamente sin ninguna justificación válida.

Concluye EL CONSORCIO expresando que, dado que SEDAPAL no admite que la demora (afectación a la ruta crítica) sea responsabilidad de dicha Entidad, es que ha acudido a arbitraje, a fin de que el Tribunal Arbitral le dé la razón de acuerdo a Derecho.

¹"(...) De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. (...)"

III. MEDIOS PROBATORIOS

Los presentados por la demandante en su escrito de demanda en el rubro III "Medios probatorios" y Anexos en 8 numerales.

REFERENCIA A LO EXPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. PETITORIO

Que, mediante Resolución N° 1 de fecha 19 de junio de 2012, notificada el 5 de julio de 2012, se admite a trámite la demanda, dentro del plazo legal y la demandada niega en todos sus extremos en base a los fundamentos de hecho y de derecho que expone.

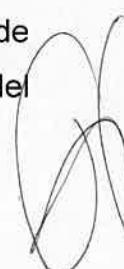
II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Mediante Carta N° 358-2011-CSV registrada por Sedapal el 14.10.2011, la supervisión de la obra-CONSORCIO SUPERVISOR VENTANILLA- con relación a la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 formulada por el CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, por 44 d.n., debido a la imposibilidad de realizar los diseños hidráulicos y otros de la PTAR, en razón a que SEDAPAL no define los parámetros de diseño a emplear para tales efectos y no remite información técnica relevante para realizar cálculos previos, recomienda declarar IMPROCEDENTE la petición de la Contratista, en consideración al análisis efectuado, cuyas Conclusiones y Recomendaciones se indican a continuación:

- En el aspecto formal el contratista cumplió con anotar en el Cuaderno de Obra, los motivos que a su criterio ameritaron una ampliación de plazo parcial; así mismo, mediante Carta N° 259-2011/CNP-RL-PP, de fecha 07.10.2011, dirigida a la supervisión, formaliza su solicitud dentro de los

plazos establecidos; en concordancia con lo estipulado en el Artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 181-2008-EF.

- Sin embargo, según los aspectos de fondo, análisis efectuado por la Supervisión, la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 en la Etapa de Elaboración del Expediente Técnico presentado por el contratista Consorcio Norte Pachacutec, RESULTA IMPROCEDENTE, por cuanto es de responsabilidad de la contratista la realización y el cálculo del aporte per cápita, según lo indicado en los TdR, Bases Integradas, absolución de consultas, Nuevo Reglamento de Elaboración de Proyectos de Agua Potable y Alcantarillado para Habilitaciones Urbanas de Lima y Callao y el Reglamento Nacional de Edificaciones.
- En cumplimiento del artículo N° 201 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado, la supervisión expresa su opinión, recomendando a la entidad contratante, declarar IMPROCEDENTE la mencionada solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días calendario, para lo cual deberá emitir su resolución correspondiente.
- En el análisis, la supervisión hace referencia a las siguientes anotaciones del Cuaderno de Proyectos: 419 de 01.09.11, del contratista; 424 de 01.09.11, del supervisor que responde el asiento 419; 439 de 07.09.11, del contratista; 449 de 09.09.11, del supervisor que responde al asiento 439; 454 de 12.09.11, del contratista; 463 de 13.09.11, del supervisor que responde al asiento 454.
- En el aspecto de fondo, la supervisión concluye señalando que la "Causal invocada por la contratista demora de Sedapal en determinar qué parámetros se emplearán para el diseño de la PTAR como consecuencia de no haber remitido al contratista la información técnica para el cálculo del



aporte per cápita, carece de sustento, a la luz de lo expuesto en la respuesta a la Consulta N° 03 formulada al Contratista: “Los parámetros de ingreso para realizar el diseño de la PTAR considerados en el perfil son los indicados en el cuadro 5.1 Resumen Base de Diseño. Para la realización del estudio definitivo es necesario realizar 5 campañas de análisis como lo indica la norma OS.090 para comprobar la calidad del agua residual de ingreso a la PTAR. Con la finalidad de uniformizar propuestas, los Postores deben mantener lo indicado en el Estudio de Pre Inversión, que se ha definido como alternativa más favorable de solución, por lo que deberán sujetarse a los lineamientos establecidos en la Pre Inversión mediante el cual se obtuvo la viabilidad del proyecto, por lo que en esta etapa no corresponde modificación alguna. Los parámetros con mayor definición, se establecerán durante el desarrollo del Estudio Definitivo. Ello debe ser en base a aporte pércapita o concentración”.

De otro lado, se agrega que la modalidad de contratación es de CONCURSO OFERTA, en que el contratista actúa primero como CONSULTOR desarrollando el Estudio Definitivo y elaborando el Expediente Técnico de la Obra, y posteriormente, una vez aprobado el Expediente Técnico, se encarga de La EJECUCIÓN DE LA OBRA propiamente dicha, y para ello se ampara en el Artículo 41º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, donde distingue y separa el ejecutor de obra y el consultor de obra, por encontrarse en registros diferentes.

A fin de complementar dicho argumento, menciona que la Dirección Técnica Normativa del OSCE, en su OPINIÓN N° 041-2011/DN de 15.04.2011, al absolver una consulta sobre la modalidad de Concurso Oferta, precisa en su análisis que “la ejecución de una obra bajo la modalidad de concurso oferta implica la existencia de dos prestaciones: una la elaboración del expediente técnico y la otra, la ejecución de la obra en sí” y que “en el caso descrito por el consultante, un contrato bajo la modalidad de concurso oferta, el contrato no es un contrato de obra en sí, por además de la ejecución de la obra, el contratista



se ha comprometido a elaborar el expediente, es decir, es además un contrato de consultoría de obras, de acuerdo a la definición de consultor de obra del Anexo de definiciones del Reglamento"; con lo cual concluye que deberá ser de aplicación el artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Por tanto, considerando que la supervisión precisa que corresponde al contratista establecer los parámetros con mayor definición durante el desarrollo del Estudio Definitivo, en base al aporte per cápita o concentración, ello en mérito, entre otros, a la absolución de consulta N° 03 del proponente: COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS S.A., SEDAPAL considera que la ampliación de plazo parcial N° 03, correspondiente a la Etapa de Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico (Consultoría), resulta IMPROCEDENTE, al estar prevista la causal invocada por la contratista dentro de los alcances del Contrato N° 084-2011-SEDAPAL suscrito EL 24.03.2011; cuyo trámite para resolver se contempla en el Art. 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En tal sentido, SEDAPAL afirma que al haber explicado su posición sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 03 solicitada por la Contratista, resulta improcedente que se le reconozca la suma de S/. 365 345,20 Nuevos soles incluido IGV, más los intereses correspondientes por concepto de mayores gastos generales.

Finalmente, SEDAPAL concluye indicando que el numeral 1 de la cláusula décimo séptima del contrato aludido correspondiente a la solución de controversias o cláusula arbitral, señala que "*las partes determinan en virtud de su libre potestad y su libertad de pacto entre ellas que el pago de gastos, costas y costos del proceso los realizará quien solicite el arbitraje*".

III. MEDIOS PROBATORIOS

Los presentados por la demandante en su escrito de Contestación de Demanda en el rubro IV "Medios probatorios" y Anexos en 1.A (Contrato N° 084-2011-SEDAPAL), 1.B (Carta N° 358-2011-CSV/JS con el Informe Denegatorio de la Supervisión), 1.C (Carta N° 106-2011-HCS con el Informe del Gestor Externo del Contrato) y 1.D (Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG que deniega la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 03 por cuarenticuatro (44) días naturales.

AUDIENCIA DE DETERMINACION DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

Con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral y de las partes la Audiencia se llevó a cabo en la ciudad de Lima, el 10 de setiembre del año 2012,

1. El Tribunal Arbitral teniendo en cuenta la demanda presentada por Consorcio Norte Pacacutec con fecha 14 de junio de 2012 y en virtud del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, establece que resolverá sobre las siguientes materias.
 - Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la invalidez, nulidad y/o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales.
 - Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL que reconozca a favor del Consorcio Norte Pachacutec la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales.
 - Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral, en caso declare procedente la segunda pretensión principal, ordene a SEDAPAL que apruebe el nuevo Calendario como consecuencia de la ampliación de Plazo Parcial N° 03.
 - Determinar si corresponde que el Tribunal, en caso declare procedente la Segunda Pretensión Principal, ordene a SEDAPAL que pague a favor del Consorcio Norte Pachacutec por concepto de Mayores Gastos Generales, por la suma ascendente a S/. 365,345.20, incluido IGV, más los intereses

correspondientes, y que dicho pago se realice dentro de los treinta (30) días de emitido el laudo, atendiendo a lo establecido en el Art. 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

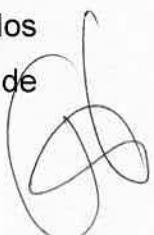
- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene a la demandada al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

PRUEBAS

2. De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas.
 - 2.1. Se admiten las pruebas presentadas en el acápite III) "Medios Probatorios", del escrito de la demanda presentado el 14 de junio de 2012.
 - 2.2. Se admiten las pruebas presentadas en el acápite IV) "Medios Probatorios y Anexos", del escrito de contestación de demanda presentado el 25 de julio de 2012.
 - 2.3. Se admite en calidad de prueba la copia de la Carta N° 259-2011/CNP-RL-PP emitida por Consorcio Norte Pachacutec y recepcionada por Consorcio Supervisor Ventanilla con fecha 7 de octubre de 2011, presentado por el demandante mediante escrito de fecha 17 de agosto de 2012.
3. De conformidad con lo establecido en el literal 1) del artículo 43º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de solicitar a las partes los medios probatorios de oficio que considere conveniente durante el desarrollo del presente arbitraje.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE

Con fecha **4 de febrero de 2013**, EL CONSORCIO presentó **escrito de alegatos** solicitando que se declare fundada la demanda interpuesta en todos sus extremos, precisando que el presente arbitraje trata sobre la modalidad de



ejecución contractual, conocida como Concurso oferta, por lo que el contratista se obligó a realizar la ejecución del expediente técnico y, una vez aprobado éste, ejecutarlo, y aduciendo que siempre se debe tener en cuenta el anteproyecto de concurso oferta, ya que éste determina las directrices de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra; concluyendo que, tal como lo señaló el 01 de setiembre de 2011, se vio imposibilitado de realizar el cálculo de aporte per cápita en razón a que se desconoce el dato de la población que aporta a la PTAR Ventanilla existente, dato que se encuentra dentro de los alances del Contratista, por lo que debe ser proporcionado por SEDAPAL; y, ante lo expuesto, el hecho de no proporcionar la información, y consecuentemente, no poder desarrollar el cálculo del aporte per cápita, se tipifica dentro de los supuestos incluidos en los numerales 1 y/o 2 del artículo 200° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado², al ser la afectación a la ruta crítica causa no atribuible al contratista, sino a la Entidad. Finalmente, se solicita al Tribunal programar la audiencia de informe oral.

Con fecha **10 de junio de 2013**, EL CONSORCIO presenta **escrito de Absolución del Acta de Informes Orales**, contestando la introducción de un nuevo argumento de SEDAPAL, relacionado con la distinción entre las reglas que norman los contratos de ejecución de obra y las de los contratos de consultoría de obra (estudio definitivo y expediente técnico); ante lo cual EL CONSORCIO precisa que se trata de una Actividad de Intervención Social , la cual comprende simultáneamente la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra.

Con fecha **1 de agosto de 2013**, EL CONSORCIO presentó un **escrito de alegatos** en referencia a los alegatos y escritos de SEDAPAL, aduciendo que

² (...) De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

3. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
4. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad. (...)"



estos contienen argumentos que no han sido debidamente desarrollados en su contestación de demanda, y menos, en la resolución de gerencia que deniega la ampliación de plazo, materia de controversia.

- 1) Respecto de la vinculación de las opiniones OSCE expuesta por SEDAPAL, sostiene que las mismas no son obligatorias puesto que al momento de emitirse las bases y suscribirse el contrato, no estaba en vigencia la modificatoria del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado según la cual las opiniones OSCE son vinculantes desde su publicación (al igual que los pronunciamientos y resoluciones), estando proscrita por el artículo 103° de la Constitución la aplicación retroactiva de tal modificatoria, de fecha 20 de Septiembre de 2012. Concluyendo, EL CONSORCIO, que en tal sentido, el Tribunal Arbitral debe aplicar el control de legalidad de las opiniones OSCE en virtud de sus facultades de control difuso, para lo cual cita la STC 00142-2011-PA/TC.
- 2) Respecto de la naturaleza del contrato "concurso-oferta", sostiene que el mismo no implica una yuxtaposición de contratos o coligados como lo presenta SEDAPAL, apoyándose en la Opinión N° 073-2012/DTN del 28 de junio de 2012, a pedido de la misma SEDAPAL; sino en realidad un contrato unitario de prestaciones múltiples, en el cual si bien existen reglas aplicables a cada prestación según la normativa de contrataciones del Estado, al ser un contrato con un finalidad y objeto único, corresponde considerar a las distintas prestaciones como integrantes de un solo contrato, el de obra. Por último señala que refuerza su posición (que se trata de un contrato de obra) el que EL CONSORCIO se encuentre bajo una supervisión.
- 3) Respecto a la extensión del contrato y la afectación al consorcio, que los gastos generales pretendidos son proporcionales al nivel de días de demora no imputable al mismo.
- 4) Respecto de mayores gastos generales, que EL CONSORCIO no ha renunciado a dichos gastos, que si consigno gastos con cifra "0.00" en la etapa de Expediente Técnico Definitivo e Intervención Social, fue

producto de las negociaciones "informales" con SEDAPAL para consignarlas en la etapa de ejecución de obra. Que si bien en las ampliaciones de plazo N° 11 y 12 "efectivamente el CONSORCIO al momento de solicitarlos ha renunciado al cobro de los gastos generales correspondientes", lo hizo, toda vez que como que las ampliaciones eran parciales, y se podría solicitar los mayores gastos generales "en otra ampliación de plazo parcial o la ampliación de plazo final.

Con fecha **22 de enero de 2013**, EL CONSORCIO presenta un escrito de **alegatos finales**, donde reitera sus argumentos por los cuales debe fundarse la demanda, resaltando que se encuentra imposibilitado de realizar el cálculo de aporte per cápita en razón de que desconoce el dato de la población que aporta a la PTAR ventanilla existente, dado que no se encuentra dentro de sus alcances, por lo que debe ser proporcionado por SEDAPAL.

Con fecha **24 de marzo de 2014**, EL CONSORCIO presenta un escrito de absolución de la Resolución N° 19, en el cual sostiene que el traslape entre la ampliación de plazo N°3, objeto de arbitraje, y la ampliación de plazo N°10 materia de otro arbitraje no es una situación irregular o promovida de mala fe, toda vez que después de aprobada la ampliación se realiza un calendario, y tal cuestión no corresponde al Tribunal dirimirla. Y respecto de los mayores gastos generales pretendidos accesoriamente a la fundación de la ampliación de plazo parcial N°3, señala sólo en dicha ampliación se han solicitado mayores gastos generales.

ALEGATOS DE LA DEMANDADA

Con fecha **22 de febrero de 2013**, SEDAPAL presentó **escrito de alegatos y conclusiones finales**, manifestado que: la resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG cumple con todos los requisitos de validez de los actos administrativos; la causal invocada por el Demandante para que se le otorgue la Ampliación de Plazo Parcial es atribuible exclusivamente a él; el Contrato

materia del presente arbitraje se encontraba en su etapa de "Elaboración de Expediente Técnico", por tanto, no existe Calendario de Obra"; en el supuesto negado que se declare fundada la segunda pretensión principal, sólo podría reconocerse el derecho a los gastos generales y no su cuantía, debido a que el Demandante no los ha acreditado; y que los gastos del arbitraje deben ser asumidos por la parte solicitante. Finalmente, se solicita al Tribunal el uso de la palabra.

Con fecha **7 de junio de 2013**, SEDAPAL presenta el **escrito s/n** para un mejor resolver del Tribunal Arbitral, en el cual reitera que: es responsabilidad del contratista establecer los parámetros de diseño para la PTAR con mayor definición durante el Desarrollo del Estudio Definitivo; EL CONTRATO n° 084-2011-SEDAPAL suscrito con EL CONSORCIO es un contrato que contiene dos productos entregables, el estudio definitivo y el expediente técnico, y 2, la ejecución de la obra, precisando que no existen ampliaciones de plazos parciales en la etapa de expediente técnico; la entrega del terreno realizada el 08.04.2011 corresponde al desarrollo del estudio definitivo y expediente técnico; EL CONSORCIO y SEDAPAL tienen ocho (8) procesos arbitrales en curso.

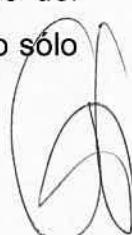
Con fecha **10 de junio de 2013**, SEDAPAL presente un escrito s/n en el cual menciona que: 1) Se ratifica en la no procedencia de la Ampliación de Plazo Parcial N° 3 establecida mediante Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG del 24 de octubre de 2011; 2) el contrato N° 084-2011-SEDAPAL suscrito con el CONSORCIO establece las condiciones para el inicio de plazo contractual de manera clara, para cada una de las Etapas de Estudio Definitivo y Ejecución de la Obra, lo que demuestra que el mismo contrato hace una diferenciación desde el para cada uno de esos componentes del mismo; 3) establecidas las condiciones para el inicio de cada uno de los componentes del contrato, (Expediente Técnico y Ejecución de Obra), queda claro que la entrega de terreno realizado el 08.04.2011 y que quedó registrado en el Acta de Entrega de Terreno, corresponde exclusivamente a la etapa de elaboración



del expediente técnico; 4) No se puede establecer ese acto como un acto de entrega de terreno para la ejecución de la obra, porque no se habían cumplido las condiciones para el inicio de la misma establecidas en el contrato y el artículo 184º del Reglamento; 5) por las consultas realizadas por los miembros del Tribunal Arbitral, se pudo advertir que estos no conocían que por este mismo contrato tenemos ocho (8) procesos arbitrales en curso, muchos de ellos relacionados entre sí, cuya resolución afectará directamente a los demás. Finalmente, agrega que existe duplicidad en la causal invocada para las ampliaciones de plazo N° 3 y N° 10, y que ello invalida de por sí las pretensiones establecidas por el contratista en sus demandas arbitrales en los procesos N° 2219 y 2372.

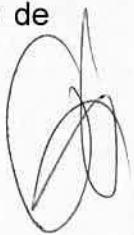
Con fecha **27 de septiembre de 2013**, SEDAPAL presentó un **escrito de absolución** de los escritos de fechas 01 y 14 de Agosto de 2013 presentados por EL CONSORCIO, donde señala que:

- 1) en relación a la legalidad de las opiniones OSCE, no es materia de arbitraje evaluar dicha legalidad, puesto que ello está delimitado por la normativa, no pronunciándose sobre la aplicación en el tiempo de la modificatoria del artículo 20 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aludida por EL CONSORCIO en referencia a la vinculación de las opiniones OSCE ;
- 2) Respecto de la naturaleza del contrato de obra bajo la modalidad "Concurso Oferta", señala que el mismo por no haber llegado a la etapa de "ejecución de obra" no puede calificarse como un contrato de obra. Para tal objeto, primero debió haberse concluido el proceso de "presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra". Que la interpretación que hace EL CONSORCIO sobre calificar el contrato bajo la modalidad "Concurso Oferta" según su finalidad (la ejecución de la obra) no es ajustada a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, puesto que los mismos hacen un distingo sólo



para el caso de los procesos de selección en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual del costo y que, en consecuencia, la calificación del contrato y de sus prestaciones se debe regir estando a las reglas responsabilidades que se establecen para cada uno, teniendo en cuenta que la Ley distingue las responsabilidades de los consultores de obras y de los ejecutores de obras, para la elaboración del Expediente técnico y la ejecución de la obra, respectivamente.

- 3) Respecto a la nueva interpretación de SEDAPAL aludida por el CONSORCIO, sostiene que los errores cometidos por SEDAPAL al llevar la ejecución del contrato como si fuera uno de obra no pueden generar derecho, y que en ese sentido, tratándose de un Arbitraje de Derecho, deben primar las condiciones del contrato. Que, según SEDAPAL: como sólo se estuvo a la etapa de Elaboración del Estudio Definitivo y Expediente Técnico, ello constituye solamente un servicio.
- 4) Respecto de la ampliación del contrato y mayores gastos generales, SEDAPAL sostiene que al tratarse de un servicio, le es aplicable el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual la ampliación debe solicitarse dentro de los 07 días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización, y que los gastos generales a reconocerse deberán estar debidamente acreditados (documentos); lo cual difiere con la posición del CONSORCIO el cual pretende calcular los gastos como si el contrato se tratase como uno de obra. Habiendo aprobado ampliaciones de plazo con el concepto de Mayores Gastos Generales por un monto de S/. 0.00 de acuerdo con la oferta económica realizada por el CNP.
- 5) Respecto del escrito del 14 de Agosto de 2013, SEDAPAL reitera que a sido obligación del EL CONSORCIO presentar los parámetros del diseño de la PTAR con mayor definición según el Pliego de Consultas y Observaciones absueltas (que forma parte del contrato según el artículo 54 de la Ley de Contrataciones del Estado), el Nuevo Reglamento de



Elaboración de Proyectos de Agua Potable y Alcantarillado para Habilitaciones Urbanas de Lima y Callao, y el Reglamento Nacional de Edificaciones; y en específico, respecto del aspecto físico-químico debió remitirse al DS 021-2009-VIVIENDA, el cual SEDAPAL hizo saber al CONSORCIO mediante Carta N° 233-2011/CNP-RL-PP del 23.09.2011.

Con fecha **21 de enero de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito de **absolución de traslado** en el cual reitera sus argumentos por los que denegó la ampliación de plazo parcial N°3 solicitada por EL CONSORCIO, resaltando que correspondía al CONSORCIO determinar el valor del aporte per cápita, incluyendo la determinación de la población contribuyente a la descarga, y que EL CONSORCIO en su calidad proyectista tenía que haber estimado la población mediante el empleo de alguna técnica numérica y de estimación con el apoyo de datos del INEI, y no con labores censales o adicionales tal como lo refiere EL CONSORCIO. En consecuencia no resultaba ello argumento suficiente para paralizar el diseño del PTAR. Y que en el supuesto negado de que el Tribunal fundara las pretensiones principales de la demanda existiría una duplicidad de pagos por gastos generales debido a que el periodo al cual corresponde la ampliación objeto de litis se traslapa con la ampliación de plazo N° 5 y 7 otorgadas al CNP.

Con fecha **11 de marzo de 2014**, SEDAPAL presenta un escrito **precisión de pretensiones** en el cual alude que existe interrelación entre la ampliación de plazo N°10, correspondiente al caso arbitral N° 2372-2012-CCL, con la ampliación de plazo N°3 correspondiente al presente caso arbitral. Así mismo, señala que SEDAPAL determinó desde un inicio los criterios de diseño de la PTAR, tanto en el anteproyecto como en las respuestas emitidas a las consultas realizadas durante el proceso de selección AMC 04-2010-SEDAPAL.

PARTE CONSIDERATIVA

Primero.- Que las partes han tramitado el procedimiento arbitral con arreglo a las reglas acordadas en la Audiencia de Instalación, de 11 de mayo de 2012, con la presencia del representante de las partes, habiéndose posibilitado en todo momento el debido proceso y el adecuado derecho de defensa.

Segundo.- Que, la relación jurídico-procesal entre EL DEMANDANTE y EL DEMANDADO quedó consentida en la Audiencia de Instalación de 11 de mayo de 2012.

Tercero.- Que, los medios probatorios tienen por finalidad concreta acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Tribunal Arbitral a efectos de fundamentar sus decisiones, debiendo valorarse los mismos en forma conjunta utilizando para ello su libre apreciación razonada.

Cuarto.- Que, el Tribunal Arbitral, para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos.

Quinto.- Que asimismo, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aún cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

Sexto.- El Tribunal Arbitral considera que como cuestión preliminar, es necesario esclarecer lo siguiente:

- 1) Si el presente arbitraje se encuentra contenido en los efectos de Laudo del Caso N° 2291-246-2011, de fecha 14 de abril de 2014, resuelto por los árbitros Mario Castillo, Reynaldo Bustamante y Hugo Sologuren, el cual versa sobre la Ampliación de Plazo N° 10 del mismo contrato de Concurso-Oferta entre las partes del presente arbitraje.

- 2) Cuáles son las normas de contrataciones aplicables para resolver la presente controversia: Las de consultoría de obras o las de ejecución de obra,

Séptimo.- En primer lugar, corresponde previamente determinar si la ampliación N° 3 está incluida dentro de la ampliación N° 10. Este primer punto es de suma importancia, por cuanto podría restringir los argumentos a ser desarrollados en la parte considerativa del presente laudo.

Si bien ambas ampliaciones de plazo están relacionadas con el mismo proyecto y en la misma etapa, no constituyen por si mismas un mismo punto controvertido.

Así debe recordarse que jurídicamente ambas ampliaciones de plazo solicitadas por el contratista N° 3 y N° 10 corresponden a solicitudes separadas, las cuales han sido cada una respondidas por la entidad, por lo que ambas requieren un análisis de fondo. Dicha premisa no debe confundirse con el supuesto de presentación simultánea de más de una ampliación de plazo contenida en el artículo 201° del Reglamento: “*Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.*”

Sobre el particular, este Tribunal Arbitral ha podido constatar que en el Laudo del Caso Arbitral N° 2219-246-2011 que trata de la ampliación N° 10, el Tribunal Arbitral de dicho proceso determinó que la resolución de la entidad que deniega la citada ampliación fue notificada fuera de plazo, contabilizado éste de conformidad a lo establecido en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en aplicación de la excepción contenida en la Opinión N° 073-2012/DTN y por tanto, resultaba ineficaz. Como puede observarse, este argumento de forma del procedimiento administrativo en su

etapa de notificación es diferente de otro que analice el fondo del asunto como en el presente caso.

Y como en el presente caso, no existe una formalidad en la notificación que no haya sido cumplida por la entidad que permita declarar la ineficacia de dicho acto, deberá analizarse si existen o no vicios en el acto administrativo que deniega la Ampliación de Plazo N° 3, independientemente de lo previsto en la ampliación de plazo N° 10.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal no puede ser ajeno a la problemática que subyace por el Laudo del Caso Arbitral antes aludido, en particular por el riesgo de duplicidad en la ampliación del plazo contractual y en los mayores gastos generales reconocidos.

No obstante, este Tribunal Arbitral interpreta que el contratista mediante escrito del 24 de marzo de 2014, renuncia a cualquier posible duplicidad en el plazo y de los mayores gastos generales, admitiendo que la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo N° 3 es un fin en sí mismo, conforme se deduce de la primera pretensión formulada por el CONSORCIO NORTE PACHACUTEC.

Dicho de otro modo, en el supuesto negado que existiera duplicidad por una presunta aprobación de la ampliación de plazo N° 3 y N° 10, este Tribunal Arbitral concluye y establece que no será exigible, ni tampoco aprueba, ningún concepto de modo duplicado, a pesar de que se haya declarado aprobado su derecho en la parte resolutiva del presente Laudo. Por tales motivos, este cuerpo colegiado, precisará la fórmula legal mediante la cual, de ser el caso, el contratista acceda a sus derechos antes descritos.

Finalmente, conviene establecer que dicha precisión no constituye en modo alguno riesgo de un laudo *extra-petita ni ultra-petita*, en la medida que no se está modificando arbitrariamente las pretensiones del demandante en dicho sentido, sino solamente adecuarlas al contexto en el cual se encuentran, con la

finalidad de no generar una situación de Abuso de Derecho, prohibida por el artículo 103° de la Constitución Política, el Artículo N° II del Código Civil y demás normas conexas.

Octavo.- Otro aspecto esencial para el mejor resolver, es determinar las normas sustantivas aplicables, para lo cual debe también fijarse el tipo de relación jurídico-sustantiva. En particular la siguiente: **¿Se trata un contrato de obra en la modalidad concurso oferta o un contrato de consultoría de obra? ¿Cómo debe interpretarse en su conjunto según la opinión N° 073-2012-OSCE?**

En primer lugar, resulta claro que se trata de un contrato especial, que combina aspectos de ejecución de obra y de consultoría de obra. No obstante, debe precisarse que dicha combinación no es simultánea sino secuencial, esto es, que no subsisten en el mismo tiempo ambas situaciones. En otras palabras, primero se observa un “contrato de consultoría de obra” y luego se observa un “contrato de ejecución de obra”.

Dicha precisión temporal resulta relevante por cuanto no se trata simplemente de identificar si la actividad en cuestión forma parte de un contrato de ejecución de obra o de uno de consultoría de obra, sino observar en cuál etapa temporal se encuentra la citada actividad, y por tal motivo, clasificarla en la etapa de ejecución contractual que corresponda.

Tal como se ha podido observar, la etapa correspondiente es indubitablemente una de consultoría de obra (“Elaboración del Expediente Técnico”), por lo que, como bien ha deducido también el Tribunal del Caso Arbitral 2372-2012/CCL, la regla general es aplicar las disposiciones de consultoría de obra, contenidas en el artículo 175° del Reglamento en lo referente a la ampliación de plazo. Conviene precisar en este punto, que no se está aplicando una disposición por analogía u otro mecanismo de integración o interpretación, es decir, no se trata de una disposición de entrega de bienes o prestación de servicios que pueda



ser aplicable a este supuesto, sino una disposición expresamente diseñada para la consultoría de obra según las normas de contrataciones del Estado.

No obstante lo anterior, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado – OSCE, en la Opinión N° 073-2012/DTN, ha señalado que “teniendo en consideración que la finalidad última del concurso oferta es la ejecución de una obra, es necesario establecer una regla especial o excepcional a la antes señalada, para aquellos supuestos que impliquen la erogación de mayores fondos públicos a los previstos en el presupuesto de la obra; así, en estos supuestos debe aplicarse las disposiciones propias de la ejecución de las obras, prioritariamente, con el objeto de salvaguardar los fondos públicos involucrados”; la misma que es asumida por este Tribunal Arbitral como uno de los argumentos para resolver la presente controversia.

¿Se aplica la excepción que establece la opinión N° 073-2012-OSCE?

¿Cuál norma jurídica es la aplicable, el artículo 175° (ampliación de plazo en servicios) ó Artículo 201° (ampliación de plazo en contrato de obras)?

En concordancia con lo ya expuesto, en el presente caso, puede constatarse que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 viene aparejada con una solicitud de mayores gastos generales de S/. 365,345.2, posteriormente incrementado a S/. 2,556,706.80, lo cual equivale a más del 15% y el 25% del monto original de la etapa del contrato Concurso-Oferta (S/. 4,281,817.04), por lo que, utilizando el criterio antes indicado, corresponde aplicar la excepción que establece la Opinión N° 073 del OSCE antes transcrita en su parte pertinente.

Asimismo, y como fundamento adicional, es de advertir que la Entidad a través de sus actos ha efectuado diversas manifestaciones de aplicación de este criterio de excepción que ahora en las actuaciones arbitrales pretende desconocerlo, lo que en atención a la teoría de los actos propios ello deviene en no factible, mas aún cuando si ese hubiese sido el nuevo criterio que iba aplicar en su relación contractual, debió anunciarlo y notificarlo al Consorcio,

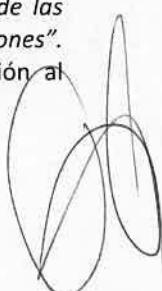
dentro de un clima de buena fe, de confianza legítima³ y común intención, puesto que por decisión unilateral, mas allá del comportamiento certero o errado que hubiese tenido que ser discutido en sede jurisdiccional, una parte de manera unilateral no puede colocar a su contraparte en indefensión por cambio de criterio respecto de sus propios actos sin afectar la buena fe y el deber de colaboración recíproca que éstas se deben, en aplicación del artículo 1362 del Código Civil que establece que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Noveno.- En consecuencia, se ha determinado en los considerandos precedentes que el Tribunal Arbitral ha excluido de manera categórica e inequívoca la posibilidad de duplicidad de plazo ampliado y de mayores gastos generales, por cuanto el contratista ha renunciado a dicho escenario; y resultarán de aplicación las normas de obra, dado la excepción normativa referida y la aplicación de los actos propios, y la buena fe contractual.

Décimo.- Corresponde, en consecuencia, efectuar el análisis de los puntos controvertidos.

Décimo Primero.- El primer punto controvertido se enuncia de la siguiente manera: “Determinar si corresponde que el Tribunal declare la invalidez, nulidad o ineficacia parcial de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro días (44) días naturales)”.

³ “Se trata de un principio de naturaleza comunitaria, en cuya virtud resulta que la Administración Pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita. Sólo excepcionalmente, y de manera motivada, la Administración Pública puede cambiar el sentido de su actuación (...) [y] (...) comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”. En: RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional”. Netbiblio 1/8/2008, La Coruña, España. Pág. 72-73.



Tal como se ha indicado en los considerandos precedentes, el análisis para determinar la procedencia o improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo partirá de una verificación del cumplimiento de las formalidades reglamentarias para dar trámite al pedido. Este aspecto fue examinado por la supervisión de la obra-CONSORCIO SUPERVISOR VENTANILLA- quien en la Carta N° 358-2011-CSV registrada por Sedapal el 14.10.2011, concluye que el aspecto formal de acuerdo al artículo 201 del Reglamento ha sido cumplido, tal como se refiere en los antecedentes de este mismo laudo.

En cuanto al fondo de la materia, debe recordarse que el criterio principal para la declaración de nulidad de un acto administrativo, es la identificación de vicios en tales actos, vale decir la omisión en el cumplimiento de los requisitos de validez, conforme se indica en el artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG).

En particular, los vicios en la motivación y en el contenido resultan ser los más relacionados con el fondo de la controversia que pudiera versar sobre un acto administrativo, en este caso, la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG.

Conviene recordar, entonces, que el “*acto administrativo debe expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequivocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.*” (Art. 3.2 de la LPAG).

En otras palabras, el objeto-contenido del acto no sólo debe ser coherente y claro, sino también concordante con las demás normas de contrataciones estatales, como una manifestación adicional del principio de legalidad (Art. IV de la LPAG). De modo similar, el requisito de motivación no sólo habla que ésta debe ser proporcional al contenido sino también conforme al ordenamiento jurídico antes indicado.

En este orden de ideas, en caso el contenido, objeto y/o motivación a la Resolución de Gerencia General en cuestión no se ajuste al ordenamiento jurídico, esta deberá declararse nula, por los fundamentos expuestos. Dicho de otro modo, en caso que el argumento esbozado por SEDAPAL que deniega la solicitud de ampliación de plazo N° 03 no se ajuste al ordenamiento, corresponderá declarar nula la citada resolución en el referido extremo.

Cabe advertir, entonces, que este primer punto controvertido deberá resolverse de manera simultánea y concordada con el segundo punto controvertido, por cuanto, ambos están estrechamente vinculados dado que, en el caso que la denegación de la ampliación de plazo fuera ilegal, ello generaría no solo la invalidez de la resolución de gerencia impugnada en tal aspecto, sino, también, la procedencia de la ampliación de plazo demandada.

Décimo Segundo.- El segundo punto controvertido se enuncia de la siguiente manera: *“Determinar si corresponde que el Tribunal ordene a SEDAPAL que reconozca a favor del Consorcio Norte Pachacutec la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales”.*

Para poder resolver adecuadamente el presente punto controvertido, es necesario esclarecer lo siguiente: **¿Existía obligación o no de entregar el indicador de descargas per capita por parte de SEDAPAL; en su defecto, obligación de entregar uno o todos los componentes para el cálculo de dicho indicador (total de descargas de la zona y/o población en la zona).**

Dicha interrogante no sólo debe satisfacer en identificar a la parte obligada de brindar dicha información, sino verificar la posible existencia de una responsabilidad compartida; dicho de otro modo, la eventual necesidad de un deber de colaboración del acreedor, SEDAPAL. Ello resulta necesario por cuanto la teoría de la mora del acreedor y/o deber de colaboración también debe valorarse cuando se trata de actos o actividades que trascienden la

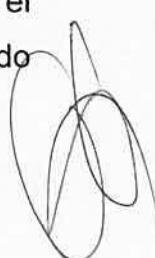
espera de dominio del deudor, máxime si la información, en todo o en parte, puede estar en poder del acreedor.

Así mismo es necesario efectuar algunas Precisiones conceptuales

- i) El hecho que sea responsabilidad del contratista realizar los diseños hidráulicos de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y realizar el cálculo del aporte “per cápita” no impide que pueda existir un deber de colaboración por parte de SEDAPAL, más allá de lo ya indicado en el Estudio a Nivel de Perfil.
- ii) En este sentido, es posible que justamente para realizar el citado cálculo sea necesaria la colaboración de SEDAPAL, en el sentido que éste último provea los “insumos” numéricos para el mismo.
- iii) No obstante, no tendría sentido que SEDAPAL provea TODOS los insumos numéricos, por cuanto ello implicaría en la práctica que éste realice el cálculo y no el contratista.
- iv) Por lo tanto, sólo será posible que SEDAPAL aporte algunos de los insumos numéricos para dicho cálculo, en caso sea necesario y a solicitud del contratista.

Sin embargo, SEDAPAL niega que tenga que colaborar en absoluto con el contratista en este extremo, bajo el argumento que la labor materia en controversia era obligación exclusiva del Consorcio, siendo esta una postura radical que no resulta consistente con la teoría del deber de colaboración del acreedor.

Ahora bien, cabe recordar que se trata de un contrato de obra en la modalidad de concurso oferta y que se trata de una modalidad en la cual no existe expediente técnico ni estudio definitivo, solamente un estudio de pre inversión /viabilidad. Bajo esa lógica, el objeto de esta figura contractual es que el contratista le diga a la entidad (SEDAPAL) como se debe hacer la obra, dado



que la entidad no sabe, no puede (ó no quiere) o por razones de oportunidad y costo, elaborar por ella misma el estudio definitivo/expediente técnico.⁴

Siguiendo esa lógica, básicamente el contratista debe hacer todo sólo, pues ese es el marco jurídico, la regla general. Sin perjuicio de ello, podría existir una regla especial, deber de colaboración e inclusive una obligación implícita de la Entidad, propia de la necesidad o requerimiento para el cumplimiento del objeto de la prestación a cargo del contratista. En ese mismo sentido, ADAME afirma que *“La razón de la distinción entre obligaciones expresas e implícitas es que se entiende que las partes están obligadas no sólo a lo que dispone expresamente el contrato, sino también a lo que sea consecuencia de la buena fe y de la naturaleza del mismo y a lo que se determine que fue la intención de las partes”*⁵ De este modo, en el derecho comparado⁶, es posible encontrar hasta cuatro fuentes para la existencia de obligaciones implícitas: i) la naturaleza y finalidad del contrato, ii) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; iii) la buena fe y la lealtad negocial, y iv) el sentido común.

Ahora bien, existen dos datos básicos, uno técnico de saneamiento y otro poblacional. El poblacional definitivamente es público, según consta en la información del portal del Instituto Nacional de Estadística e Informática (www.inei.gob.pe) pero el técnico, por lo menos desde el punto de vista de este Tribunal, no parecer ser accesible públicamente.

En este orden de ideas, para quebrar la regla general –que establece, que el contratista debe hacer todo sólo-, la carga de la prueba está a cargo del

⁴ Este es enfoque muy similar al de FANELLI EVANS, Guillermo. (En: “La concesión”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública), citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos (En: “La generación por iniciativa privada en los proyectos públicos de inversión: la nueva colaboración público-privada y el interés público”. Revista Derecho y Sociedad N° 24)

⁵ ADAME, Jorge. “Contratos Internacionales en América del Norte – Régimen Jurídico”. Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Num. 16, Universidad Autónoma de México, Mc. Graw Hill, México D.F, 1999. Pág. 131.

⁶ ADAME, Jorge. Op. Cit. Pag. 132.

contratista quién deberá demostrar que dicho cálculo no era factible realizarlo sin la necesaria colaboración de la entidad.

Y en este sentido, EL CONSORCIO ofreció en parte de prueba dos cartas emitidas por SEDAPAL signadas como No. 3557-2011-EGP-N y No. 3563-2011-EGP-N, de fechas 17 y 18 de noviembre de 2001, que corren como Anexos Nos. 12-H y 12-I del escrito de EL CONSORCIO de fecha 14 de agosto de 2013. Dichas cartas, ambas, de singular importancia probatoria a criterio del Tribunal acreditan que, SEDAPAL proporciono a EL CONSORCIO “*el dato de población de Ventanilla involucrada y que permita determinar el cálculo del aporte per cápita*” y, además, que mediante carta también de SEDAPAL signada como No. 3415-2011-EGP-N, del 10 de noviembre de 2011, SEDAPAL entregó a EL CONSORCIO el Memorándum No. 584-2011-EINPF elaborado por el Equipo Investigación, Normalización y Planeamiento Físico de SEDAPAL.

Adicionalmente, SEDAPAL en su carta No. 3563-2011-EGP-N, en el rubro referido al Asunto, expresamente, reconoce lo siguiente: “*Información complementaria para posibilitar el cálculo de aporte percapita A.M.C. No. 0004-2010-SEDAPAL*” (el resaltado es agregado), luego en la parte final de la referida carta reitera su afirmación manifestando que: “*Con el objeto de brindar información que facilite el cálculo del aporte percapita remitimos copia de la mencionada información*”. (el resaltado es agregado).

Las referidas cartas no han sido objeto de impugnación y/o cuestionamiento por parte de la entidad; en tal sentido, a criterio del Tribunal y en base a la admisión de hechos efectuada por la propia entidad que, es parte demandada en el presente proceso arbitral se acredita, fehacientemente, que era necesaria la colaboración de la entidad para que EL CONSORCIO pudiera realizar el cálculo del aporte per cápita con lo que, a criterio del Tribunal se estaría probando que, fue debido a la falta de colaboración por parte de la entidad que el contratista no cumplió oportunamente con la prestación a su

cargo haciendo aplicable al presente caso lo dispuesto por el artículo 202.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el camino de los documentos, hubo dos propuestas parecidas:1) que se hiciera una suerte de analogía con la información técnica del PTAR más cercano (ventanilla) y 2) que se hiciera un recálculo de los parámetros pero con la nueva población de Norte Pachacutec. Sin embargo, EL CONSORCIO insiste hasta el final que SEDAPAL debía entregarles la información.

Conforme se ha observado en los medios probatorios, de un lado el Informe del Ing. Zorrilla de Noviembre de 2013 y de otro lado, la absolución de traslado de la resolución N° 19 de fecha 25 de marzo de 2014 presentado por SEDAPAL (Págs. 10 y 12), la fórmula, proporción o ratio sería básicamente la siguiente:

$$\frac{\text{Total Descargas}}{\text{Población que realiza descargas}} = \text{Descarga_o_aporte_per_cápita}$$

De ello, puede observarse que el total de descargas es un dato de CAMPO, a ser estudiado principalmente por el CONSORCIO, mediante 05 pequeños estudios, denominados "campañas". Mientras que la población que realiza descargas era un dato proporcionado inicialmente por SEDAPAL en el estudio de pre inversión, basado en estimaciones poblacionales realizadas en la fecha de la elaboración de dicho documento.

Una pregunta esencial finalmente es si la "población que realiza descargas" es equivalente a la "población total" (residente), la "población en tránsito y residente" o la "población servida" (lo que pasan su día ahí que pueden vivir o no en la zona. SÓLO en el primer caso, es factible hallar el dato estadístico en el INEI (www.inei.gob.pe) ; pero en el segundo caso ya no. En este aspecto, la información del estudio a Nivel de Perfil permitiría utilizar como dato de la población servida, el mismo de la población total; no obstante, ello sería un

dato poco preciso que asumiría que no existen conexiones domésticas o industriales, además de las domésticas.

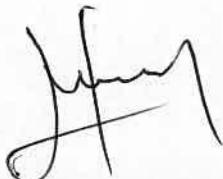
No obstante, por el lado del dato técnico referido a las descargas, no existe mayor pronunciamiento por parte de SEDAPAL que dicho dato era factible de ser realizado o estimado exclusivamente con datos obtenidos de las campañas.

A criterio de este Tribunal la información obtenida de las campañas no era suficiente para poder modificar estimar los parámetros en el Estudio Definitivo, para lo cual era necesaria la colaboración de SEDAPAL, a solicitud del contratista, para proveer la información específica, toda vez que la finalidad principal de las campañas era comprobar la calidad del agua (y por ende el tipo de tratamiento a realizar) y no la cantidad específica de la misma ni mucho menos el análisis de los factores determinantes de la cantidad de descargas durante el período de diseño, construcción y utilización de la PTAR, conforme se desprende la misma absolución de consulta N°3 señalada por SEDAPAL.

Al respecto, no puede entenderse que la caracterización implicaba una determinación o nueva estimación de la “cantidad de caudales”, sino su composición o estructura (cargas orgánicas, coliformes fecales, entre otros). Y que sí bien, en el estudio de perfil, Cuadro N° 5.1, se habían determinado los datos bases de diseño, la finalidad del estudio definitivo y elaboración del expediente técnico era justamente efectuar “una mayor definición” de tales parámetros, conforme se responde también en la citada consulta.

Sin perjuicio de lo anterior, también es posible lograr el mismo resultado, mediante la aplicación de la doctrina de los Actos Propios, a fin complementar el razonamiento técnico antes expuesto.

En efecto, mediante esta teoría, es posible que el contratista de buena fe, presuma razonablemente que las actuaciones hechas por la entidad en un sentido no deban ser contrarias con otras posteriores, conforme al aforismo

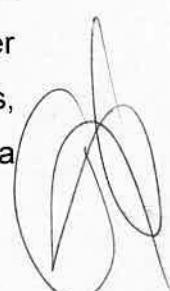
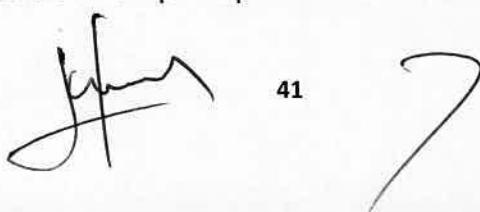


"venire contra factum proprium non valet". En este caso, teniendo en cuenta las Cartas N° 3557-2011 del 18 de noviembre de 2011 y N° 3563-2011 del 21 de noviembre de 2011 –anteriormente mencionadas-, SEDAPAL decidió entregar la información que EL CONSORCIO le requirió. Y posteriormente SEDAPAL no sólo niega que haya tenido que darle dicha información, sino que a su vez deniega en todos los extremos la ampliación de plazo.

Si bien existe una diferencia entre el deber de colaboración del acreedor y la teoría de los actos propios, ello no impide que puedan ser complementarios en el presente caso. En otras palabras, no puede admitirse en ningún caso que una entidad pública contradiga sus actos, por cuanto, desde cualquier punto administrativo representa una vulneración a los principios del procedimiento administrativo así como los requisitos de validez del acto contenidos en la LPG, ante una falta grave a la actuación regular de las decisiones administrativas y la vulneración del principio de predictibilidad.

En este sentido, es necesario dejar en claro que, el hecho de haber otorgado con fecha 07 de setiembre de 2013 la información de conexiones para la elaboración del cálculo en cuestión, solicitada por el Contratista con fecha 13 de julio de 2013 (es decir, 50 días después), entra en conflicto directo con el posterior intento de desconocer la clara obligación implícita de entregarlo que había asumido conforme a estas circunstancias, en aras de la buena fe contractual y confianza legítima, o por lo menos, con el retraso en el acto de entrega de dicha información como causal atribuible a dicha entidad (máxime si dicha información entregada parecía estar incompleta o ser imprecisa), y en consecuencia, como supuesto válido para otorgar una ampliación de plazo.

Dicho de otro modo, este Tribunal considera que carece de valor jurídico que la entidad le entregue la información a solicitud y que, posteriormente, niegue que haya estado obligada a hacerlo, atribuyendo dicha obligación y cualquier posterior retraso, al contratista solicitante. Tal supuesto resulta, por lo menos, una manifiesta afectación al principio de la buena fe contractual y una



contradicción en la motivación-contenido como requisito de validez de los actos administrativos.

¿En consecuencia, corresponde admitir la ampliación de plazo N° 3? Por los fundamentos expuestos, corresponde determinar que la Ampliación de Plazo N° 3 solicitada por el contratista resulta procedente; por lo tanto, deberá modificarse el plazo del contrato en cuarenta y cuatro (44) días adicionales.

De modo similar, que dado que la motivación, contenido u objeto de la citada Resolución de Gerencia General, al no ser conforme a las normas de contrataciones estatales ni conforme a las bases y las consultas absueltas por el propio SEDAPAL, y a fin de guardar coherencia con el resultado indicado en el párrafo precedente, corresponde declarar nula la Resolución que deniega la ampliación de plazo en este aspecto.

Décimo Tercero.- El tercer punto controvertido se enuncia de la siguiente manera:

“Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral, en caso se declare procedente la segunda pretensión principal, ordene a SEDAPAL que apruebe el nuevo calendario como consecuencia de la ampliación de Plazo Parcial N° 03”

Para resolver el presente punto controvertido es necesario absolver las siguientes interrogantes: **¿Cuál es la naturaleza del calendario de obra de la etapa de estudio definitivo? ¿Existen diversas rutas y una ruta crítica como en un contrato de obra?**

Tal como puede deducirse de la información contenida en este proceso arbitral, no existe un calendario de obra, tal cual se puede esperar de un contrato de ejecución de obra, por cuanto, el contrato no se encuentra en dicha etapa. No obstante, ello no implica la inexistencia de un calendario de ejecución



contractual, en el cual se cuenta con fechas establecidas para la realización de las diversas actividades que implica el presente contrato.

En consecuencia, la principal limitación de esta situación de hecho recae en que no es posible determinar la existencia, en esta etapa, de varias rutas que agrupen un conjunto de actividades ni que existe una ruta en particular que pueda ser denominada “ruta crítica”, la cual sea susceptible de modificación, ante la existencia de una causal de ampliación de plazo.

En este orden de ideas, cualquier paralización o retraso en la ejecución de las actividades implica automáticamente un retraso en el calendario de ejecución contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, el tenor de los alegatos presentados por la entidad demandada parecen sugerir que debe interpretarse este punto controvertido de manera literal, en el sentido que cualquier mención a un “calendario” debe ser entendido como a un “calendario de obra”, y en el escenario que no exista obra, tampoco existe “calendario de obra”. Por lo tanto, a criterio de SEDAPAL, resulta un imposible jurídico-técnico modificar algo que no existe.

Este Tribunal debe manifestar que el punto controvertido fijado para el presente arbitraje no indica expresamente que el término “calendario” deba asociarse a un “calendario de obra”, entendiéndose referido a una obra en curso de ejecución. Por lo cual, deberá entenderse referido al calendario de ejecución contractual o el calendario previsto en el contrato.

Por lo tanto, el calendario antes indicado deberá modificarse para incorporar la Ampliación de Plazo N° 3 en cuarenta y cuatro (44) días.

Décimo Cuarto.- El cuarto punto controvertido se enuncia de la siguiente manera:

“Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral, en caso se declare procedente la segunda pretensión principal, ordene a SEDAPAL que pague a favor del Consorcio Norte Pachacutec por concepto de Mayores Gastos Generales, por la suma ascendente a S/. 2'556,706.80 (Dos millones quinientos cincuenta y seis mil setecientos seis y 80/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses correspondientes”.

Conforme se indica en el artículo 202º del Reglamento, existen dos tipos básicos de ampliaciones de plazo: i) los generados por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista y ii) todas las demás que no impliquen la paralización total de la obra, por causas ajenas a la voluntad del contratista. Sólo en el primer caso, los mayores gastos generales variables deben ser acreditados y deben estar referidos a los previamente señalados como gastos generales variables en la oferta económica del contratista o valor referencial según el caso.

De otro lado, el artículo 175º del Reglamento reviste de una situación similar, aunque más extensa, para cualquier tipo de gasto general, el cual deberá también ser acreditado. Dicho artículo incluye de manera expresa el caso de los contratos de consultoría de obra.

Cómo puede observarse, en el caso que se trate de la paralización de una obra (o de una actividad que se asimile a una obra), resulta irrelevante la aplicación del artículo 202º o el artículo 175º, dado que ambos casos los mayores gastos generales deberán ser acreditados. No obstante, en el caso del artículo 202º se hace referencia a los gastos generales variables (aquellos que dependen de los días), mientras que en el 175º a cualquier tipo de gasto general; al mismo tiempo que el contratista pretende gastos generales utilizando la fórmula diaria del artículo 203º del Reglamento.

Las normas de contrataciones reconocen dos tipos de gastos generales en casos de ampliación de plazo: i) los que provienen de la fórmula del gasto

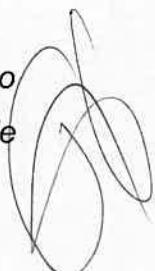
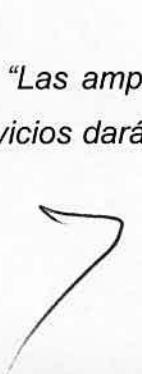
general diario (Art. 203°) y ii) los que provienen de la acreditación, es decir, del efectivo desembolso (Art. 175°). Dicho de otro modo, la aplicación de la fórmula no es equivalente a la acreditación, sino a la aplicación de un derecho contenido en el reglamento para el caso de los mayores gastos generales en ejecuciones de obra.

Ahora bien, según lo expuesto por SEDAPAL no corresponden gastos generales por cuanto estos no se habrían incluido en la oferta realizada por el consorcio; en ese orden de ideas, en ningún caso corresponde la admisión de gastos generales. De otro lado, el contratista argumenta que en ningún caso renunció a los gastos generales, sino que éstos se incluyeron en la etapa de ejecución de obra, por lo que, según la fórmula del artículo 203°, éstos deben ser reconocidos.

Este Tribunal debe aclarar que se busca aplicar una fórmula prevista para la ejecución de una obra, en una etapa de consultoría de obra, no sólo por el tenor del artículo 203° sino porque el propio CONSORCIO ha determinado que así ha organizado la asignación de sus gastos generales.

En este caso, a efectos de la determinación del gasto general, lo más recomendable es utilizar la regla general prevista por OSCE para este aspecto en concreto, es decir, aplicar las normas de prestación de servicios – consultoría de obras, por cuanto aplicar las normas de ejecución de obra generaría una situación jurídica artificiosa con resultados cuestionables, que el Tribunal no comparte, debido a que según tales disposiciones, los gastos generales reconocibles provienen de una fórmula, de los gastos generales diarios por el número de días, presentada en la propuesta económica al momento de la adjudicación. Dicha fórmula no requiere que hayan existido efectivamente gastos desembolsados sobre el particular.

En consecuencia, en aplicación del artículo 175°, “Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de



los gastos generales debidamente acreditados (...) [e]n el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo." (el resaltado es agregado)

Por lo expuesto, considerando que en el presente caso, corresponde reconocer como mayores gastos generales sólo aquellos efectivamente acreditados desembolsados por el demandante y en la medida que éstos no han sido acreditados, a criterio del Tribunal corresponde rechazar este extremo en la demanda.

Décimo Quinto.- El quinto punto controvertido se enuncia de la siguiente manera:

"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene a la demandada al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral".

En cuanto a los costos y costas del presente Arbitraje, conviene recordar que el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 indica que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta el acuerdo de las partes a efectos de imputar o distribuir dichas costas y costos. Y a falta de acuerdo, éstos serán de cargo de la parte vencida, o bien, a decisión del Tribunal, se podrán distribuir y prorratear los costos entre las partes, atendiendo a un criterio de razonabilidad.

Cabe precisar que los costos y costas del arbitraje incluyen los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Al respecto, conviene precisar que las partes han acordado en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato que "el pago de gastos, costas y costos del

proceso los realizará quien solicite el arbitraje", siendo en este caso, el CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, el demandante.

En consecuencia, de acuerdo con los párrafos precedentes, deberá tenerse en cuenta el citado pacto, por lo que corresponde al CONSORCIO NORTE PACHACUTEC asumir el íntegro de los gastos, costas y costos del presente proceso arbitral.

POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS:

FALLAMOS:

Declarando FUNDADA EN PARTE la demanda de la CONSORCIO NORTE PACHACUTEC en contra de SEDAPAL, disponiendo en consecuencia lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO el primer petitorio de la demanda y, por lo tanto, resolviendo el primer punto controvertido, corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 0966-2011-GG, en el extremo que deniega la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días.

SEGUNDO.- Declarar FUNDADO el segundo petitorio de la demanda y, por lo tanto, resolviendo el segundo punto controvertido, corresponde ordenar que la parte demandada, o sea SEDAPAL reconozca a favor del CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, la solicitud de ampliación de plazo Parcial N° 03 por cuarenta y cuatro (44) días naturales.

TERCERO.- Declarar FUNDADO el tercer petitorio de la demanda y, por lo tanto, resolviendo el tercer punto controvertido, corresponde ordenar a la parte demandada, o sea SEDAPAL, proceda a aprobar el nuevo calendario de

ejecución contractual previsto en el contrato de Concurso-Oferta, como consecuencia de la ampliación de Plazo Parcial N° 03.

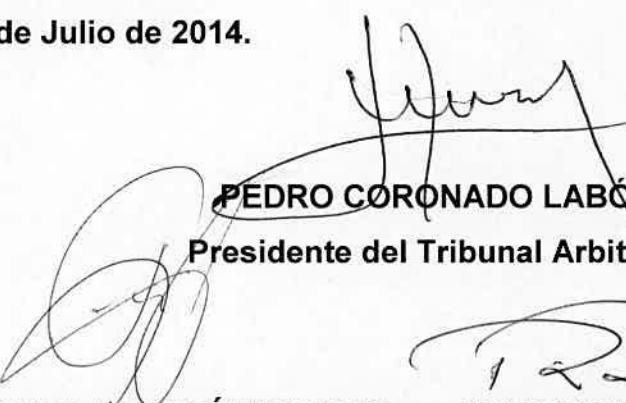
CUARTO.- Declarar IMPROCEDENTE el cuarto petitorio de la demanda y en consecuencia no procede que SEDAPAL pague a favor del Consorcio Norte Pachacutec por concepto de Mayores Gastos Generales la suma de S/. 2'556,706.80; sin embargo, se deja a salvo el derecho de EL CONSORCIO a reclamar los mayores gastos generales debidamente acreditados en la Liquidación del Contrato.

QUINTO.- Declarar INFUNDADO el quinto petitorio de la demanda y, por lo tanto, resolviendo el quinto punto controvertido, corresponde ordenar a la parte demandante, o sea CONSORCIO NORTE PACHACUTEC, asuma el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

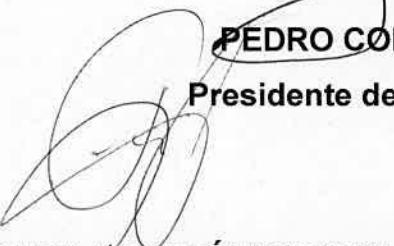
SEXTO.- Establecer los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

Notifíquese a las partes.

Lima, 16 de Julio de 2014.


PEDRO CORONADO LABÓ

Presidente del Tribunal Arbitral


JAVIER VILLA GARCÍA VARGAS
Árbitro


RICARDO RODRIGUEZ ARDILES
Árbitro